

## EDITORIAL

---

and similar papers at [core.ac.uk](http://core.ac.uk)

provided by

*Revista de Direito Sanitário* lembrando um pouco da evolução internacional e brasileira dos estudos de Direito Sanitário. Seguimos cuidando, no último editorial, da importância que o tema alcançou no direito interno. E queremos encerrar as comemorações de nossos primeiros 10 anos chamando a atenção para a relevância que vêm tomando os estudos sobre o papel dos juízes. Eles, os juízes, são essenciais para que se recupere a função de fazer justiça ao se declarar o direito. Isso é verdade para todo o direito do nosso tempo, mas é particularmente indispensável para realizar o direito sanitário.

Neste número de nossa Revista, há uma resenha do livro de *Richard A. Posner*, *How judges think*, um dos muitos estudos contemporâneos dedicados à compreensão da figura do juiz de direito. Nele são examinadas as diferentes situações enfrentadas pelos juízes, tanto nos casos cotidianos quanto nos chamados “casos difíceis”, estejam eles na posição de juízes singulares ou nos diversos tribunais, predominantemente no modelo dos Estados Unidos da América, mas, também, no modelo dos países de tradição civilista codificada. E a conclusão segura de *Posner* é no sentido de recomendar estudos sistemáticos sobre as figuras dos juízes, suas características pessoais, sua formação, sua experiência profissional, sua opção político-partidária, para que, enfim, se possa compreender como os juízes pensam.

No outro lado do oceano, os europeus veem desde o final dos anos oitenta do século vinte dando prioridade ao estudo do tema, enfatizando ora a jurisprudência ora o próprio juiz, tanto sob a égide da filosofia e da teoria geral do direito quanto sob o olhar da sociologia jurídica. O que os inquieta sobretudo é identificar o papel representado pelo juiz no Estado contemporâneo, caracterizado pelo declínio da soberania estatal e o crescimento dos poderes paralelos que com ele interagem. O juiz é, então, colocado como o “regulador” que deve coordenar essas múltiplas “fontes do direito”. Ele é o já clássico “Juiz-Hermes” de *François Ost*<sup>(1)</sup>, que privilegia a lógica comunicacional à hierárquica ou à pragmática, sem contudo excluí-las. A interpretação volta a adquirir importância, gerando uma espécie de colaboração entre o legislador e o juiz, que faz do texto legal um pré-texto

---

(1) JUPITER, Hercule. Hermès: trois modèles du juge. In: BOURETZ, P. (Org) *La force du droit: panorama des débats contemporains*. Paris: Editions Esprit, 1991. p. 241 e seg.

que deve ser atualizado e otimizado de acordo com os elementos do processo e o contexto geral, como *Eros Grau* nos ensinou em seu *O direito posto e direito pressuposto*<sup>(2)</sup>. A separação de poderes nesse Estado faz da função jurisdicional o exercício de uma colaboração que tem por finalidade respeitar as legítimas expectativas das pessoas, das outras jurisdições e dos outros poderes, empregando amplamente a discricionariedade.

É nesse ambiente dos estudos jurídicos que se reconhece o fenômeno da “judicialização” do direito, consequência do acelerado crescimento dos direitos subjetivos e das ações que os garantem, sem que legisladores e governantes tenham definido adequadamente as políticas públicas que devem definir os limites entre os direitos concorrentes. Não basta mais ao juiz, assim, dar a cada um o que é seu. É preciso que ele reconheça a dignidade de cada parte e contribua decisivamente para o restabelecimento dos laços sociais que foram rompidos. É o que quer ensinar Luhmann, com a história dos 12 camelos<sup>(3)</sup>, que foi retomada por Ost e que reproduzo aqui:

*um pai (há quem diga que se tratava de um sheik muito rico), sentindo próximo seu fim, quis estabelecer sua sucessão. Sua tropa de camelos deveria ser repartida entre seus três filhos (Ahmed, Ali e Benjamin, mas os nomes variam de uma versão a outra) conforme a seguinte ordem: o primeiro, em virtude do direito de primogenitura, receberia a metade, o segundo, um quarto, e o mais novo se contentaria com um sexto. Quando ele morreu pouco depois, seus filhos ficaram embaraçados: a partilha se revelava impossível, pois a tropa era de exatamente onze camelos. Então, depois de terem brigado por causa dessa partilha impossível, ele se puseram de acordo para consultar o kadi, um juiz. Este, após ouvir as partes, refletiu, traçou alguns signos na areia e finalmente declarou: “tomem um de meus camelos, façam vossa partilha, e, querendo Alá, vocês mo devolverão.” Surpresos, mas pouco desejosos de contradizer esse homem sábio, os filhos partiram com o camelo do juiz. Eles não demoraram, entretanto, a perceber a engenhosidade do kadi: com doze camelos, a partilha ficou bem fácil, cada um recebeu sua parte e o décimo segundo camelo foi prontamente devolvido.*<sup>(4)</sup>

Luhmann — para quem o direito, para ser operacional e autônomo, define o que é jurídico a partir dele próprio, operando segundo o código direito/não direito — o misterioso décimo segundo camelo é “um operador de complexidade, que não cessa de reintroduzir o outro no jogo da autor-referência”<sup>(5)</sup>. François Ost encontra na teoria do direito onze explicações

(2) GRAUS, Eros Roberto. *O direito posto e direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

(3) LUHMANN, N. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. *Droit et société*, n. 47, p. 15 e seg., 2001.

(4) OST, F. *Dire Paris, le droit faire justice*. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 179.

(5) Cf. OST, F. ob. cit., p. 191.

diferentes para o décimo segundo camelo, inclusive a de Luhmann acima referida, concluindo que é preciso um trabalho verdadeiramente interdisciplinar e muita discussão acadêmica para que se possa oferecer uma boa resposta, que ajude a compreender o papel do juiz na sociedade contemporânea. E nós estamos absolutamente convencidos de que o Direito Sanitário está exigindo, nesta fase de sua evolução, um investimento importante em estudos de filosofia, sociologia e teoria geral do direito, examinando inclusive o comportamento dos juízes, para que se possa encontrar caminhos jurídicos, mas também, legislativos e políticos que permitam equacionar a hoje inquietante “judicialização da saúde”.

Este número de nossa Revista de Direito Sanitário mantém a interdisciplinariedade e a internacionalização que a caracterizam desde sua origem há exatos 10 anos. Com efeito, nele se discute o lugar das curandeirices e práticas e saberes terapêuticos no campo da saúde, a inobservância do princípio da impessoalidade como fator gerador de iniquidades no acesso ao Sistema Único de Saúde, e a recente decisão do plenário do STF, que indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo e tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. E se discute a interessante questão da incorporação dos tratados e da legislação costumeira nas Ilhas do Pacífico, a partir do exame da legislação sanitária. O tema em debate é o Sistema Nacional de Transplantes, cuidadosamente examinado sob a ótica da participação popular, da equidade e dos limites ético-jurídicos da autonomia da pessoa em relação aos usos do corpo. Dois casos que reforçam a amplitude disciplinar do Direito Sanitário são encontrados nos trabalhos forenses: o direito ao tratamento das pessoas portadoras de deficiências e o direito de propriedade industrial de medicamentos. Além disso, importantes decisões judiciais registradas na seção de Ementário e Jurisprudência refletem a evolução do tratamento dos temas de Direito Sanitário, no Brasil, na Colômbia, na Argentina, no Uruguai e na Venezuela.

Em suma, cremos ter justas razões para nos orgulharmos do trabalho realizado nestes primeiros dez anos de vida da *Revista de Direito Sanitário*. E temos certeza de que seu sucesso depende absolutamente da participação de nossos leitores. Contamos, portanto, com a colaboração de todos para que nossa Revista siga cumprindo, com qualidade, sua missão de divulgar informações e provocar reflexões em busca de soluções mais justas para fazer da saúde um direito de todos.

Sueli Gandolfi Dallari

Editora científica